



El Consentimiento del Enfermo en el Acto Médico

Aspectos del Derecho Civil*

Nota: Los Editores de la Revista Colombiana de Cirugía recomiendan muy especialmente a los médicos en ejercicio, la lectura detenida y cuidadosa del presente opúsculo, por considerar su contenido de gran interés personal y colectivo en el correcto desempeño de las actividades profesionales a la luz de la ética médica y de las disposiciones legales vigentes.

INTRODUCCION

Ante el auge que están tomando en Colombia las demandas por "Responsabilidad médica" y frente al cambio de criterio jurisprudencial contenido en los fallos del Consejo de Estado de julio 30 y agosto 24 de 1992, que trasladan la carga de la prueba al médico con el objeto de acreditar su desempeño profesional y, por consiguiente, la ausencia de culpa en su ejercicio técnico científico, es necesario revisar con cierto detenimiento los aspectos del consentimiento del paciente en medicina.

El consentimiento del paciente y su autorización, son elementos del contrato de prestación de servicios médicos. Como adelante veremos, para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario que sea capaz, que consienta en dicho acto, que su consentimiento no adolezca de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga, además, una causa lícita (Artículo 1502 del Código Civil).

El estudio de lo que constituye un consentimiento pleno y libre de vicios en los aspectos médicos, reviste la mayor importancia. De la manifestación de la voluntad depende que la relación médico-paciente comporte para cada uno de dichos sujetos, derechos y obligaciones determinadas.

Si no es libre y exenta de vicios, la autorización o aceptación del paciente no existirá o será invalidada en el terreno legal, con graves consecuencias para el médico.

*Autores: Doctor Fernando Guzmán Mora, Cirujano Cardiovascular y del Tórax, FSFB, Prof. de la Esc. Col. de Med., Consiliario del Coleg. Mayor de N. Sra. del Rosario; Eduardo Franco Delgadillo, Abogado, Exjuez, Prof. de Etica de la U. Libre de Pereira; María Cristina Morales de Barrios, Abogada, Prof. de Derecho Procesal Civil de la U. Externado de Col. y U. de Los Andes; Juan Mendoza Vega, Neurocirujano, Prof. de Etica Médica del Coleg. Mayor de N. Sra. del Rosario, Jefe del Centro de Etica Médica de ASCOFAME.

Consecuencias civiles y penales que se convertirán en perjuicios. Y los perjuicios causados a otro se pagan con dinero o con cárcel.

A este respecto, la responsabilidad se define como la obligación de reparar y satisfacer. En este caso es la del médico, al incumplir la prestación a la que se comprometió en el contrato, acto de voluntad bilateral, de prestación de servicios médicos.

Nuestra medicina occidental, la más compleja, tecnificada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la tierra, enfrenta un problema adicional de vieja data y tradición histórica: las demandas y quejas de los particulares. T. Ferguson dice con sobrada razón en su excelente artículo (1): "Nunca como ahora había tenido la medicina tanta tecnología y tan excelentes resultados. Pero nunca como ahora se habían visto tantas acciones legales en contra de los médicos".

DEFINICION

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Artículo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas en las que se trata de dar, hacer o no hacer.

Voluntad, según Kant, es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis (2).

Este consentimiento, en el campo médico, puede ser otorgado con fines específicos, entre otros:

Para tratamiento farmacológico

Para procedimientos diagnósticos no invasores

Para procedimientos invasores diagnósticos

Para procedimientos terapéuticos no quirúrgicos

Para procedimientos quirúrgicos

Para cirugía estética

Para tratamiento no convencional "heroico"

Como sujeto de experimentación

Como donante de órganos

No se hablará en este punto del consentimiento del médico, a pesar de ser indispensable la existencia del contrato de prestación de servicios. Y no se hablará de ello, porque ante la obligación que su juramento le impone, el médico debe actuar, es decir, salvo algunos casos rarísimos, está “obligado” a prestar sus servicios. Por lo tanto, se hablará esencialmente del consentimiento del paciente.

Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con **consentimiento**. Este consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

Los hechos del hombre tienen consecuencias jurídicas y producen un tejido de relaciones entre los miembros de la sociedad, en la medida en que estos hechos se ejecuten consciente y libremente, asumiendo cada quien las consecuencias de su decisión.

La ley fija unos parámetros para darle validez al acto jurídico:

1. El consentimiento sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).
2. El consentimiento no puede provenir de personas consideradas por la ley como incapaces mentales.
3. El consentimiento debe expresarse ejerciendo la libertad individual. Por lo tanto, cuando se obtiene por la fuerza, genera un acto nulo o viciado de nulidad.
4. Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.

CONDICIONES PARA QUE EXISTA CONSENTIMIENTO EN MEDICINA

En los actos médicos, la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con varias legislaciones (3):

1. Capacidad

La capacidad de los sujetos para poder llevar a cabo un hecho de responsabilidad legal o imputabilidad, se fundamenta en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión. De acuerdo con el Artículo 1503 del Código Civil:

“ Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces”.

Y el artículo 1504:

“...dementes, impúberes sordomudos que no puedan darse a entender por escrito (absolutos); menores y adultos discapacitados que se hallen en interdicción...”

De esta categoría están excluidas legalmente las personas con alteraciones mentales transitorias o permanentes y los menores de edad.

En caso de incapacidad del paciente, sea por problema mental neurológico u otro, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado más cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales.

Este punto se contempla en el Código de Ética Médica Colombiano (Título II, Capítulo I, Artículo 14) (4):

“El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

En casos de autorización por parte de los allegados de la persona enferma e incapaz, se presume que al ser ellos personas racionales y quienes legalmente representan al enfermo, deben tomar una decisión basados en el conocimiento de su personalidad.

En caso de extrema urgencia, cuando se encuentre en peligro la vida de la persona incapaz y su familia no esté presente y no sea posible obtener dicho consentimiento, se debe dejar una constancia muy clara en la historia clínica de la situación antes de proceder a tratar al paciente.

2. Posesión del derecho

Para que exista consentimiento se requiere la posesión o titularidad del derecho, bien o interés, sobre el cual el sujeto consiente el acto médico.

Este es un punto importante: La vida humana, aunque es disfrutada por la persona individual, es en esencia un bien social que las instituciones protegen por encima de todo (5).

Por lo tanto, en lo que respecta al acto médico, la conservación de la vida prima sobre la calidad de la misma que pueda ofrecerse (Aunque desde el punto de vista ético podría ser discutible). Esta es la esencia de la justificación de muchas intervenciones como la cirugía radical parcialmente incapacitante o la quimioterapia en casos de enfermedad maligna, a pesar de los resultados o efectos colaterales molestos que puedan producirse en el enfermo.

Puede servir de ejemplo lo que ocurre con la persona que presenta un tumor maligno de cuello que requiere extirpación amplia que incluye mandíbula, piso de la boca, lengua y parte de las estructuras del cuello, con sus terribles consecuencias estéticas que brindan una sobrevida mayor en cantidad, pero “deficiente” en calidad. También la utilización de drogas antineoplásicas de efectos secundarios tan desagradables como la pérdida del cabello, la postración física del individuo y la aparición de síntomas gastrointestinales intensos a corto plazo.

Podría discutirse en este punto la posición de algunas sectas religiosas, como los Testigos de Jehová, que no aceptan la práctica de transfusiones sanguíneas aun en caso de extrema urgencia. Según algunas opiniones, el médico en estos casos, puede proceder a utilizar la transfusión bajo el amparo de la ley, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho a la libertad religiosa. Según otros, violar esta determinación de la persona, viola el derecho a determinar sus creencias religiosas, lo cual también es ilegal.

3. Libertad

Se requiere la libertad de los sujetos, tanto del médico como del paciente, respecto de la decisión de efectuar el acto médico.

Es lógico que se excluyen de esta categoría la coacción de cualquier tipo (física, moral, intelectual, económica, etc.) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos.

La base del consentimiento es la voluntad de la persona de participar en el acto médico, previo conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. Por lo tanto, es esencial una buena información al paciente.

La decisión que tome el enfermo es absolutamente personal e individual. Se presume que está escogiendo entre dos riesgos:

Dejar progresar la enfermedad al no aceptar el tratamiento o someterse al riesgo que éste implica.

Esto también está consagrado en el Código Civil (Art. 1510):

“...El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra...”

Y en el artículo 1511:

“...El error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree...”

4. Información adecuada

La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con él mismo. Esta

información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

Ejemplo: El médico que advierte falsamente al enfermo sobre la urgencia inminente de extirpar unas várices incipientes, susceptibles de tratamiento no quirúrgico, aduciendo la posibilidad inmediata de una inflamación perentoria (tromboflebitis).

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este punto hay que ser sumamente cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Además, puede pensarse que el ser humano agobiado por el dolor y la angustia no se encuentra completamente libre para tomar una decisión trascendental en relación con su cuerpo.

De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad.

Ejemplo: Un hombre de 40 años tiene una masa en el tórax, secundaria a un tumor maligno en el intestino. El médico le dice en el consultorio que muy seguramente tiene un cáncer metastásico y que las posibilidades de sobrevida son muy pocas, sin tener en cuenta que el enfermo tiene antecedentes de intento de suicidio.

A este respecto hay discusión. Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronóstico es pésimo.

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se está agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y proceder según sus necesidades.

El tema de la información también ha sido contemplado por la Ley (Ley 23 de 1981, Título II, Capítulo I, Artículo 18):

“Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales”.

5. Causa o motivo del acto

El artículo 1524 del Código Civil dice:

“...No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato...”

Por lo anterior, se presume la existencia de una causa para ejercer el acto médico, tanto en el sujeto pasivo (donación de un riñón por parte de un padre a su hijo que requiere un trasplante), como en el activo (el planteamiento de una terapéutica por parte de un médico a su paciente, debido a una enfermedad específica).

Aquí se parte de la base del comportamiento ético del médico con base en su formación y de la conducta correcta del paciente basada en su adecuada información.

El motivo principal del acto médico no puede ser económico. La medicina es una profesión altruista y humana por definición. Si bien es cierto que los médicos deben recibir una remuneración decorosa por su trabajo, el motor principal del ejercicio médico no puede ser el dinero sino la conservación y el mejoramiento de la vida humana (6).

6. Documento

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado atención especial a los procedimientos invasores, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente consentidos en forma documental.

En casos de extrema urgencia, el documento debe obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la historia clínica a este respecto.

7. Reversibilidad

Por último, debe tenerse bien claro que hay reversibilidad, es decir, la revocatoria del consentimiento por parte del paciente. Consentir un procedimiento no implica no poder dar marcha atrás en la decisión. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede, además, cambiar de médico en cualquier momento.

Esto puede aplicarse también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, igualmente contemplados en la ley.

ALGUNAS DOCTRINAS SOBRE EL CONSENTIMIENTO DEL ACTO MÉDICO

En otros países se habla del “consentimiento bien informado”, es decir, el obtenido de persona capaz luego de un análisis tranquilo y completo de la situación. Y aunque la solución al problema de lo que debe entenderse por “bien informado” aun no llega de manera definitiva, existen ya criterios bastante definidos que permiten un margen gran-

de de seguridad al ejercicio profesional. Veamos brevemente lo que ha sido su evolución.

Las enmiendas añadidas a la Constitución de los Estados Unidos del 3 de abril de 1791, consagraron la Carta de Derechos y entre ellos el del **debido proceso**, que tuvo como objeto hacer prevalecer la autonomía personal y obligar al Estado a vencer en pleito al individuo con apego estricto a las formalidades legales.

Como consecuencia de estas garantías fundamentales, se reconoció que la órbita de autonomía personal no puede ser invadida arbitrariamente por nadie. Esta soberanía individual hace presumir que cada quien puede elegir libre y conscientemente la mejor alternativa.

En 1914 se sentó la siguiente doctrina: “Todo ser humano con edad adulta y mente clara tiene el derecho a decidir qué se hará con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un atropello” (7).

De manera que el paciente debía tener, por lo menos, una información básica sobre el asunto en cuestión y la violación de este derecho implicaba la negación del derecho de autonomía de la persona.

Posteriormente (1957-1972) se desarrolló el criterio de informar al paciente de manera “adecuada”, es decir, no ya en forma general, sino teniendo en cuenta las complicaciones, riesgos y alternativas posibles. Nació el concepto de **negligencia profesional**, en donde interesa conocer si el médico es responsable de un daño causado. Específicamente lo será en todos los casos en que haya ocultado al paciente información sobre el riesgo de los procedimientos.

En 1972 se determina un nuevo esquema de responsabilidad médica: “El derecho del paciente a autodecidir marca los límites del deber de revelar. Dicho derecho sólo puede ejercerse eficazmente si el paciente dispone de suficiente información como para posibilitar una elección inteligente” (Caso Caanterbury vs. Spencer).

En este caso, el médico ha sido claro y la información exhaustiva; pero además, debe tratarse con un paciente capaz de procesar debidamente esta información con el objeto de llegar a una determinación responsable.

Por lo anterior, el derecho que tiene el paciente a la información ha logrado un cambio de actitud en el gremio médico que algunos consideran peligroso y otros encuentran plausible: Hace 20 años el 88% de los médicos no revelaban el diagnóstico del cáncer; hoy el 98% dice hacerlo en forma rutinaria y completa (13).

Las excepciones hacen referencia a los casos en los cuales el paciente no tiene o tiene menguada su capacidad de decisión por factores internos (inconsciencia, inmadurez, demencia, etc.) o por factores externos que al obrar sobre el sujeto impiden una visión objetiva de la situación y lo

inducen a apreciaciones equívocas, llevándolo a error en el procesamiento mental de la información (incultura, presiones familiares, creencias religiosas, superstición, etc).

RIESGOS DEL TRATAMIENTO

La medicina es por esencia una profesión humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica, que dice en su Artículo I. Párrafo 1:

“La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes”.

A su vez, el Juramento Médico aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, se declara en su último párrafo:

“Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas”

Sin embargo, el ejercicio de la medicina puede lesionar bienes jurídicos individuales protegidos por la ley.

La práctica quirúrgica en particular, puede llevar al empeoramiento de las condiciones de salud de un enfermo y su ulterior deceso, los cuales son justificables solamente a la luz del ejercicio por parte de profesionales idóneos que actúen dentro de normas universalmente establecidas y que procedan con la debida diligencia en el cuidado de los pacientes.

En general, la medicina tiene uno de tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida y/o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los enfermos es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir (8).

En esencia, lo moralmente bueno es la buena voluntad. Ello no quiere decir que baste solamente con una buena intención pues, además, se requiere colocar todos los medios posibles para que lo bueno tenga efecto (2).

Los riesgos del tratamiento pueden ser: usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas.

Ejemplo de riesgo usual o esperado: el tratamiento de la insuficiencia cardíaca con drogas digitálicas puede pro-

ducir en algunos pacientes una intoxicación, a pesar de haber prescrito la dosis adecuada para la persona.

Ejemplo de riesgo usual: En el tratamiento de una trombosis venosa profunda de la pierna es indispensable el uso de anticoagulantes potentes de tipo cumarínico. Una enferma viene siendo controlada mediante pruebas de coagulación que la ubican en un rango aceptable y súbitamente presenta una hemorragia digestiva por activación de una úlcera gástrica.

Ejemplo de riesgo inusitado: un paciente a quien ya se le habían practicado estudios radiográficos con medio de contraste, presenta en el curso de una nueva radiografía una reacción al medio que lo lleva a un choque anafiláctico y muerte.

En estos casos de riesgo inusitado o atípico, por considerarse circunstancias fortuitas, no se genera responsabilidad civil médica, excepto cuando se demuestre conducta negligente que ocasione un daño y genere culpa.

EL RIESGO PREVISTO

La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (Título II, Capítulo I, Artículo 16):

“La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.”

“El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados”.

El consentimiento del paciente por sí solo **no exime al médico de responsabilidad** por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud (9). La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo. Sin embargo, al haberse calculado el riesgo previsto, los efectos secundarios del tratamiento y los riesgos que se pueden correr con el mismo, con base en estudios previos de literatura médica y en la experiencia del mismo médico tratante, se excluye la culpa por negligencia.

Se sabe, por ejemplo, que la mortalidad en cirugía de revascularización miocárdica, es aproximadamente de un 2-3%. El cirujano sabe que ésta es una estadística de mortalidad aceptable, pero no sabe cuál de los pacientes fallecerá en el acto operatorio, a pesar del cuidado, diligencia, pericia y conocimiento que ponga en la operación.

Ilustra el anterior concepto lo siguiente: la literatura médica acepta un porcentaje determinado de dehiscencia de suturas secundaria a infección, en casos de anastomosis del intestino grueso o colon, cuya consecuencia es una peritonitis que puede llegar a ser fatal.

Como tercer ejemplo sirve este: al intervenir una coartación de aorta, en la cual hay que suspender temporalmente el flujo sanguíneo hacia la parte inferior del cuerpo, un número pequeño de enfermos queda con una lesión medular permanente que ocasiona paraplejía, a pesar de todas las medidas que se tomen para prevenirla.

En casos de lesión producida por caso fortuito, el médico queda exento de culpa siempre y cuando no exista posibilidad de prevenirla y evitarla antes del acto médico.

EL RIESGO INJUSTIFICADO

El Médico no puede someter a su paciente a riesgos no relacionados con la enfermedad que lo aqueja, es decir, diferentes a las condiciones patológicas por las cuales se lleva a cabo el acto terapéutico.

Ejemplo: En casos de una cirugía abdominal por trauma penetrante con arma cortopunzante, el cirujano encuentra un apéndice excesivamente largo pero de aspecto sano y procede a practicar, además de la cirugía de reparación en los órganos afectados por el traumatismo, una apendicectomía. Si el paciente se complica por este último procedimiento, el médico debe responder ante la ley.

Esto se contempla en la Ley 23 de 1981 (Título II, Capítulo I, Artículo 15):

“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados...”

(Título II, Capítulo I, Artículo 10, Parágrafo A):

“El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen”.

(Título II, Capítulo I, Artículo 12):

“El médico solamente empleará medios diagnósticos y terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”.

CASOS DE FUERZA MAYOR

Una vez se obtenga la autorización del paciente, el médico procede a efectuar su labor, limitándose a su campo de acción, salvo en casos de fuerza mayor. Estos casos de fuerza mayor pueden ser: imprevistos o urgentes.

Ejemplo de caso imprevisto: se ingresa a operar el tórax para una resección parcial del pulmón por un cáncer, pero se encuentra que el tumor se extiende más allá del límite calculado y es necesaria la extirpación completa del órgano para poder ofrecer una cirugía “curativa”.

Ejemplo de caso urgente: en un enfermo que llega en estado de choque por hemorragia intraabdominal, se encuentra un estallido del bazo y es necesario extirparlo, con

las consecuencias que dicha resección implique en el futuro.

ERROR MÉDICO

Hay situaciones cuya ocurrencia se sabe pero que pueden implicar negligencia, impericia, o imprudencia por parte del médico.

Ejemplo de negligencia: A un paciente se le coloca un yeso para una fractura de la pierna; ésta se edematiza y progresivamente se ocasiona una isquemia a la extremidad, la cual se manifiesta por dolor intenso. El paciente acude a su médico y le informa de la situación. El médico no lo examina y lo manda a la casa sin sospechar la complicación, lo cual ocasiona la pérdida de la extremidad afectada.

Ejemplo de impericia: Un médico general no calificado para intervenir quirúrgicamente, que trabaja en una ciudad en donde existen cirujanos ampliamente capacitados, lleva a un paciente a cirugía y le practica resección de la vesícula biliar, ocasionando una lesión en el colédoco, que lleva progresivamente al deterioro y muerte del enfermo.

Ahora bien, parte de la responsabilidad ética del cirujano es saber cuándo dar marcha atrás en un procedimiento, con el objeto de no arriesgar la vida del enfermo ni ocasionar lesiones graves por ampliar una cirugía que pudo haber sido detenida a tiempo.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA EN MATERIA PROBATORIA

Nuestra ley es congruente en el sentido de obligar a responder solamente a quien haya causado daño y con la condición de que, quien demanda, pruebe la responsabilidad del demandado. Como única excepción a esta regla, se consagra la presunción de culpa en contra de quien ejecuta una “actividad peligrosa”.

El Consejo de Estado, después de recordar que “por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda”, gira en una forma intempestiva y peligrosa al afirmar:

“...con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible las comprobaciones respectivas. Tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encar-

gada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Sin duda, resultaría más beneficioso para la Administración de Justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al actor, normalmente el paciente o a sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real, por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formularan... Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa” (Sentencia del 30.07.92; Consejero ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández).

En igual sentido, otra providencia con ponencia del magistrado Carlos Betancourt Jaramillo, de la que se extracta el siguiente párrafo:

“...Cuando se habla de falla presunta, se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta en el servicio como en el evento de la falta en el servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración, porque ésta se presume. En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de falla ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero también exclusivo y determinante y por eso mismo se entiende que en estos casos no se puede exonerar a la administración demostrando la diligencia y cuidado...”

De lo anterior resulta que:

1. Entre médico y paciente se establece una relación jurídica.
2. Esta relación es fruto de un acuerdo de voluntades.
3. El médico ha aceptado actuar, y esta aceptación genera obligaciones derivadas de sus actos, por los que tiene que responder ante el paciente y ante la sociedad.
4. El consentimiento expresado por el paciente (o por quien legalmente lo represente) debe tener las mismas cualidades y ser, entonces, **consciente y libre**, de manera que si puede alegarse que no existió o que no fue otorgado con completo conocimiento y autonomía, estará viciado. Por esto, el médico responderá civil y/o penalmente, según los perjuicios que le cause al paciente con su acción u omisión.

Se nota la preocupación de los jueces por encontrar una vía expedita para alcanzar la justicia que tantas veces se niega a los particulares pues, como observa el primero de los fallos reseñados, es evidente “...el cuadro de prostración

a que ha llegado el servicio médico oficial. El asunto revela una dolorosa realidad y una notoria ineficiencia en el mencionado servicio, el cual es deshumanizado, frío y clama más que por un cambio de infraestructura (que también requiere a gritos) por un cambio de alma, de moralidad y aun de mentalidad...”

Pero la solución no consiste en estrangular la ley, como el Consejo de Estado viene haciendo al “invertir” la carga de la prueba y presumir la culpa del médico o de la institución asistencial, con el frágil argumento de que al particular le resulta difícil probar la impericia, negligencia o imprudencia del facultativo.

La alternativa viable, legal y justa se encontraría, más bien, en una exigencia por el “consentimiento bien informado”, de modo que el médico observe un **comprometimiento inicial** con su paciente, que lo releve en gran parte de acusaciones futuras. Efectuar una historia clínica concienzuda y exhaustiva, revisar los exámenes prequirúrgicos clínicos y radiológicos. Dejar constancia de las Juntas Médicas. Hablar claramente del diagnóstico, de las alternativas, de los riesgos, de las posibles consecuencias, de la importancia que tiene una decisión reflexiva y mesurada; de la necesidad de asesorarse de familiares, de amigos, de otros expertos médicos en caso de sentirse incapaz de decidir por sí mismo debido a factores externos. En fin, de la exigencia del consentimiento de otros, cuando la voluntad del paciente no es autónoma o suficiente para dar la autorización respectiva.

Correría a cargo del paciente perjudicado o de la parte demandante demostrar que el daño causado no se aceptó como posible, que no se tuvo en cuenta en el diagnóstico o en el momento de otorgar la autorización médica o que no se consideró ninguna alternativa de curación diferente y menos riesgosa; en fin, que el consentimiento no existió o que fue otorgado viciosamente (por error, fuerza o dolo). Esta prueba sería simple, documental, aportada en copia auténtica del acta levantada previamente a la intervención o al tratamiento.

Si luego se deja una compresa en la cavidad abdominal, o resulta que se diagnosticó equivocadamente y como consecuencia de ello el tratamiento provocó otro daño a la salud del paciente, o comparados el permiso para la intervención quirúrgica, anestesia o procedimiento especial con las hojas de descripción quirúrgica y el resumen de egreso de la historia clínica, se encuentra una diferencia **inexcusable** entre lo que se programó y lo que se realizó, estos errores, al no aparecer (como obviamente no aparecerían) previstos ni disculpados en los documentos mencionados, generarían la consecuente responsabilidad. Allí estaría la prueba de la culpa, de la falta de previsión de lo previsible por parte del médico.

Pero lo que ahora trata de hacerse, castigando al médico por no poder probar ante un tribunal que la causa del daño no estuvo en sus manos, es absurdo. Demostrar que se actuó conforme a los dictados de la ciencia y que a pesar de ello el resultado deseado no se obtuvo, es mucho

más difícil que demostrar que no se actuó de acuerdo con esos dictados.

La medicina curativa es una actividad de las llamadas "de medio", en la que el experto hace lo que esté a su alcance, sin comprometer un determinado "resultado", precisamente debido a la ocurrencia de esas contingencias y a la intervención de estos factores extraños e impredecibles que pueden entorpecer la consecución del fin propuesto. Aun en la cirugía estética es probable que el paciente sufra complicaciones inesperadas e insuperables por reacción del organismo ante la intervención quirúrgica. Y la prueba de lo inesperado e insuperable es, esa sí, imposible de demostrar en medicina.

Un terremoto sucede y puede ser achacado a las fuerzas de la naturaleza o a una voluntad divina. La muerte de un paciente en el quirófano puede endilgarse a la intervención del hombre igual que a la decisión de Dios. Quien pretenda que ambos tienen el mismo poder, debe demostrarlo.

Si el paciente conoció el riesgo, conoció las posibles alternativas, procesó libre e inteligentemente la información suministrada por el médico y aun así, quiso, aceptó, demandó la intervención, suya será la responsabilidad por el resultado.

Sólo así las consecuencias indeseadas pero siempre posibles en el tratamiento médico o quirúrgico, no podrán achacarse al profesional que, actuando bajo el imperio del mandato hipocrático, acepta el reto de enfrentarse con la enfermedad o con la muerte (10).

ADVERTENCIAS FINALES

La existencia de un documento del consentimiento por parte del paciente, aunque no exime totalmente de responsabilidad al médico, es absolutamente necesaria para probar que se actuó de acuerdo con su voluntad.

Debe insistirse acerca de la necesidad perentoria de obtener el documento de consentimiento, pues la situación

puede llegar al extremo de poderse demandar al médico, independientemente de su buena intención de sanar al enfermo y de los resultados obtenidos, cuando no existe una declaración expresa de la voluntad del paciente a través de este documento.

Es lógico pensar que pueden existir excesos y actitudes de mala fe por parte de los enfermos y por lo tanto, tomar precauciones contra denuncias temerarias. Por ejemplo, cuando un cirujano emprende una operación, aun habiendo advertido al paciente de la necesidad de resección ampliada de un órgano, puede encontrarse con situaciones que cambien el planteamiento inicial y que solamente el profesional, en su acto quirúrgico, está en capacidad de determinar hasta dónde puede definir la supervivencia y calidad de vida de quien se ha colocado en sus manos, cambiando por consiguiente la estrategia por seguir. Aun así, se enfrenta a la queja del paciente, a pesar de las explicaciones preoperatorias y la situación en la misma cirugía.

Por último, la afluencia de demandas contra los médicos aumenta cada día en forma impresionante. Si se parte de la base de la culpabilidad del médico, pronto se advertirán las consecuencias de esta actitud en nuestro país: una medicina defensiva, la pérdida de la relación entre el paciente y su médico (que verá en el enfermo un potencial y peligroso enemigo), el encarecimiento progresivo de los servicios médicos y el despoblamiento de las instituciones de salud debido al abandono de los científicos que no quieren ejercer bajo el peligro de una demanda y deveniendo sueldos insuficientes en entidades que tampoco estarán dispuestas a respaldarlos. Quien pagará las consecuencias será el ciudadano común; el mismo que se vuelve contra quien pretende ayudarle en su lucha contra la enfermedad y la muerte (11).

Obviamente hemos hablado de médicos idóneos, bien adiestrados y de ejercicio íntegro. No nos alejamos del hecho de la posible existencia de "maleantes" dentro de la profesión, sobre los cuales debe caer todo el rigor de la ley (12).

REFERENCIAS

1. Ferguson T: The crisis of excellence. *J Thorac Cardiovasc Surg* 1982; 84: 161-71
2. Guzmán F, Franco E: La práctica quirúrgica a la luz de la ética kantiana. *T Médica* 1993 (En prensa)
3. Martínez-Calcerrada L: *Derecho Médico*. Madrid, Ed Tecnos, 1986
4. Ley 23 de 1981. Normas sobre Ética Médica
5. Constitución Política de la República de Colombia. Primera ed, 1991
6. Guzmán F: Posición y contribuciones sociales de los cirujanos en la historia. (Primera Parte) *Rev Col Cirug* 1993; 8: 80-4
7. Caso Schloendorff vs Society of New York Hospitals, 211 N Y 125, 127; 105 N E 92 (1914) V Cap 5, 63-64
8. Guzmán F: El precio de ser cirujano. *Rev Col Cirug* 1991; 6: 119-24
9. Yepes S: La responsabilidad civil médica. Biblioteca Jurídica Dike. 2 ed, Medellín, 1993
10. Patiño J F: Ética, Moral y Deontología en la práctica médica. *T Médica* 1993; 87: 199-200
11. Spencer F: The urgent need for major reform of the professional liability system. *Ann Thorac Surg* 1987; 44: 335-7
12. Cardona A: La responsabilidad médica ante la ley. 4 Ed, 1993
13. Beauchamp T, McCullough L: *Ética médica*. Las responsabilidades morales de los médicos. Barcelona Ed Labor, 1987